

## GmbH-Beratung

Abfindungsausschlusses bei Austritt/Eintritt ohne Einzelrechtsnachfolge. Damit rekurriert der BGH unausgesprochen auf *Englers* überzeugendes Argument des typisierten Gläubigervertrauens<sup>18</sup>.

### III. Folgen für die Beratungspraxis

#### 1. Negative Abfindungsversicherung weiter erforderlich

Im Ergebnis bleibt damit für die Praxis alles beim Alten, was zu begrüßen ist: Deregulierung muss nicht dort ansetzen, wo Gläubigerinteressen berührt werden. Dem Registergericht gegenüber ist die Versicherung abzugeben, dass dem Verkäufer keine Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet oder versprochen worden ist.

#### 2. Weitere Gestaltungsvorgaben bleiben unverändert

Auch die weiteren Vorgaben für die Gestaltung der Übertragung von Kommanditanteilen gelten nach wie vor. Die Abtretung des Kommanditanteils ist regelmäßig unter die aufschiebende Bedingung zu stellen, dass der Käufer als im Wege der Sonderrechtsnachfolge eingetretener Kommanditist in das Handelsregister der Gesellschaft eingetragen wird. Andernfalls haftet er für in der Zwischenzeit begründete Verbindlichkeiten uneingeschränkt (§ 176 Abs. 2 HGB)<sup>19</sup>. Die Rechtsprechung sieht von dieser Vorschrift auch den Fall der Anteilsabtretung als erfasst an<sup>20</sup>. Ob dies auch bei der GmbH & Co. KG gilt, ist noch nicht abschließend geklärt. Beim gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung<sup>21</sup> sollte jedoch auf eine solche Regelung nicht verzichtet werden.

Wird der Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister nicht eingetragen, sondern lediglich Ausscheiden und Eintritt, kann sich der Käufer auf die Leistungen der Hafteinlage berufen, nicht jedoch der Verkäufer, der im Rahmen des § 160 HGB den Gläubigern der Gesellschaft haftet<sup>22</sup>.

Die aufschiebende Bedingung führt zwangsläufig zur Verzögerung des Erwerbs der dinglichen Rechtsstellung. Zur Überbrückung der Zwischenphase kann alternativ zur Treuhandabrede<sup>23</sup> eine vorübergehende Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter vereinbart werden, auflösend bedingt auf den Zeitpunkt der Eintragung als Kommanditist<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> *Engler*, DB 2005, 483 (487).

<sup>19</sup> BGH v. 28.10.1981 – II ZR 129/80, BGHZ 82, 209 (212); v. 21.3.1983 – II ZR 113/82, NJW 1983, 2258 (2259) = GmbHR 1983, 238; *K. Schmidt* in Münch.Komm. zum HGB, 2002, § 176 Rz. 30f.; *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl. 2005, § 5, Rz. 25; *Rödter* in Beck'sches Hdb. Personenges., 2. Aufl. 2002, § 23 Rz. 69.

<sup>20</sup> BGH v. 21.3.1983 – II ZR 113/82, NJW 1983, 2258 = GmbHR 1983, 238; vgl. a.A. bei *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl. 2006, § 176 Rz. 11, m.w.N.; vgl. auch jüngst OLG Hamm v. 16.9.2004 – 15 W 304/04, NJW-RR 2005, 629.

<sup>21</sup> BGH v. 21.3.1983 – II ZR 113/82, NJW 1983, 2258 = GmbHR 1983, 238; OLG Hamburg v. 21.5.1985 – 7 U 118/82, EWIR 1985, 699f.; OLG Stuttgart v. 14.2.1985 – 7 U 187/84, n.v.

<sup>22</sup> *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 12. Aufl. 2005, Rz. 644.

<sup>23</sup> Vgl. *K. Schmidt* in Münch.Komm. zum HGB, 2002, § 176 Rz. 31; *Holzapfel/Pöllath*, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 12. Aufl. 2005, Rz. 646.

<sup>24</sup> *K. Schmidt* in Münch.Komm. zum HGB, 2002, § 176 Rz. 30; *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 10. Aufl. 2005, § 5 Rz. 27.

## GmbH-Dokumentation

### Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt vom 23.1.2006 zum Entwurf eines BMF-Schr. v. 23.12.2005 – IV B 7 - S2742 a - 3/05\* betreffend die Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8 a Abs. 6 KStG)

An das  
Bundesministerium der Finanzen  
Herrn MDg Gert Müller-Gatermann  
Unterabteilungsleiter IV B  
Wilhelmstraße 97  
10117 Berlin

Entwurf eines Anwendungsschreibens zu § 8 a Abs. 6 KStG i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung der Protokollklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003 (BGBl. I 2003, 2840)

Sehr geehrter Herr Müller-Gatermann,

vielen Dank für Ihr Schreiben vom 22.12.2005, mit dem Sie uns den o.g. Entwurf zur Verfügung gestellt haben. Ihrer Bitte um Mitteilung von Einwendungen und Änderungsvorschlägen kommen wir gerne nach und verweisen auf die beiliegende Stellungnahme. Wir hoffen, dass unsere Anregungen im weiteren Verfahren noch berücksichtigt werden können.

Mit freundlichen Grüßen

für die

Centrale für GmbH  
Dr. Otto Schmidt

gez. WP/StB Dr. Norbert Neu  
(DHPG Dr. Harzem & Partner KG, Bonn),  
gez. WP/StB Dr. Joachim Schiffers (Aachen)  
gez. RA/FAStR Dr. Heinrich-J. Watermeyer (Düsseldorf)

#### Vorbemerkungen

Im Entwurf des BMF-Schreibens IV B 7 - S2742 a - 3/05 betreffend die Regelung zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung nimmt die Finanzverwaltung nach dem Grundsatzschreiben des BMF v. 15.7.2004 – IV A 2 - S2742 a - 20/04, BStBl. I 2004, 593 = GmbHR 2004, 1106 sowie dem Schreiben des BMF v. 22.7.2005 – IV B 7 - S 2742 a - 31/05, BStBl. I 2005, 829 = GmbHR 2005, 1155 zu Rückgriffsfällen zu einer weiteren speziellen, hochgradig ungenau formulierten und auslegungsbedürftigen Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung Stellung. Es handelt sich um den in § 8 a Abs. 6 KStG geregelten sog. konzerninternen Anteilswerb.

Grundsätzlich ist es zu begrüßen, dass die Finanzverwaltung ihre Sichtweise zu dieser Vorschrift dokumentiert. Dies insbesondere deswegen, weil die gesetzliche Norm, wie noch zu zeigen sein wird, typisierend und in vielen Details unklar erscheint. Darüber hinaus ist ein klarer Gesetzeszweck weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzesbegründung erkennbar und greift die Gesetzesrege-

\* Abzurufen unter [www.gmbhr.de/volltext.htm](http://www.gmbhr.de/volltext.htm); s. hierzu auch den Beitrag von *Prinz zu Hohenlohe/Rautenstrauch/Adrian*, GmbHR 2006, 178 – in diesem Heft.

lung möglicherweise zielwidrig in die Besteuerung ein. Dies gebietet grundsätzlich eine einschränkende Anwendungsregelung der Gesetzesvorschrift durch entsprechende Auslegung oder Billigkeitseinschränkung, doch bedeutet selbst dies für die Praxis kaum hinzunehmende Unsicherheiten über die möglichen steuerlichen Folgen und eine wohl weiterhin deutlich überschießende Wirkung der Gesetzesnorm. Grundsätzlich erfordert dies ein Handeln des Gesetzgebers. Da innerkonzernliche Finanzierungen bereits durch die generelle Norm des § 8 a KStG erfasst werden, sollte die verunglückte Sonderregelung in Abs. 6 entfallen. Angezeigt erscheint aber zumindest eine Neufassung des Abs. 6, welche mit einer klaren Zielsetzung und exakt abgegrenzten Voraussetzungen gewisse aus Sicht des Gesetzgebers als „Missbrauchsfälle“ eingestufte Gestaltungen erfasst, aber darüber hinaus auch eben keine Wirkungen entfaltet. Bis dahin ist eine möglichst klare und zielgenaue Anwendungsregelung der Finanzverwaltung geboten.

Unsere im Folgenden dargestellten Anmerkungen zu dem nun vorliegenden Entwurfsschreiben folgen den Textziffern des Entwurfsschreibens.

## I. Allgemeines

**Tz. 1:** Nach der Gesetzesbegründung soll § 8 a Abs. 6 KStG verhindern, dass „im Rahmen von Holding-Konstruktionen die Verbesserung des Eigenkapitals durch nach § 8 b Abs. 2 KStG steuerfreie Anteilsverkäufe erfolgt“<sup>1</sup>. Welche Zielsetzung die Vorschrift genau verfolgt, lässt sich dieser Begründung jedoch ebenso wenig entnehmen wie dem mit dieser Begründung kaum in Einklang zu bringenden Gesetzeswortlaut. Die Auffassungen in der Literatur sind demzufolge sehr unterschiedlich.

- Zum Teil wird vertreten, dass mit der Vorschrift vermieden werden soll, dass der safe haven des Veräußerers durch nach § 8 b Abs. 2 KStG steuerfreie Anteilsveräußerungen verbessert wird; die Steuerfolgen beim Erwerber sind demnach ohne Bedeutung<sup>2</sup>. Es wird dann folgerichtig bemängelt, dass die Rechtsfolgen des § 8 a Abs. 6 KStG bei der falschen Gesellschaft getroffen werden<sup>3</sup>.
- Es wird jedoch auch argumentiert, dass § 8 a Abs. 6 KStG ausschließlich solche Fälle erfassen will, bei denen die Anteilsübertragung zu einer Verbesserung des safe haven durch Begründung einer Holdingstruktur beim Erwerber führt, während die Situation des Veräußerers irrelevant ist<sup>4</sup>. Unter diesem Gesichtspunkt trifft § 8 a Abs. 6 KStG die „richtige“ Gesellschaft, nämlich diejenige, die die Aufwendungen der Fremdfinanzierung trägt<sup>5</sup>.
- Andere Autoren vertreten vor dem Hintergrund der Gesetzesbegründung die Ansicht, dass die Vorschrift auf die Konstellation abzielt, dass beim Veräußerer ein steu-

erfreier (oder nicht steuerbarer) Gewinn entsteht und sich der safe haven des Erwerbers (im Rahmen einer Holding) verbessert<sup>6</sup>.

In Tz. 1 des Entwurfsschreibens nimmt die Finanzverwaltung eine sehr weitgehende Ansicht zum Sinn und Zweck des § 8 a Abs. 6 KStG ein. Anteilsveräußerungen sollen nach Satz 3 erste Alternative immer dann erfasst werden, wenn es sich beim Veräußerer um eine Kapitalgesellschaft handelt. Andernfalls (Satz 3 zweite Alternative) will die Verwaltung § 8 a Abs. 6 KStG auf die Fälle anwenden, in denen sich der safe haven des Erwerbers verbessert. Offensichtlich sollen damit **sowohl** isolierte safe-haven-Verbesserungen beim Veräußerer **als auch** isolierte safe-haven-Verbesserungen beim Erwerber erfasst werden, wobei bei Veräußerungen durch eine Kapitalgesellschaft wohl typisierend unterstellt wird, dass diese diesbezüglich stets zielführend sind.

Es ist generell fraglich, ob die isolierte Prüfung der Verbesserung des safe haven bei einer einzigen Konzerngesellschaft zu einer Missbrauchsannahme führen kann, bewirkt doch z.B. die Erlangung der Holding-Qualifikation und die damit verbundene Verbesserung der Eigenkapitalposition, dass die Tochtergesellschaften dann keinen eigenen safe haven mehr besitzen; ob sich hieraus per Saldo ein steuerlicher Vorteil oder Nachteil ergibt, kann demzufolge nur im Einzelfall entschieden werden. Die Auslegung der Finanzverwaltung führt jedoch sogar dazu, dass letztlich jedwede Anteilsübertragung im Kapitalgesellschaftskonzern zur Anwendung des § 8 a Abs. 6 KStG führt. Sollte die Verwaltung, wie oben vermutet, typisieren wollen, ist die Typisierung viel zu weitgehend; so werden z.B. Fälle erfasst, bei denen es weder beim Veräußerer noch beim Erwerber zu einer Verbesserung des safe haven kommt, z.B. bei Veräußerungen durch Auslandsgesellschaften ohne Inlandsbetriebsstätte oder bei Veräußerungen der vorletzten einer eine Holdingqualifikation begründenden Beteiligung.

Auch erscheint fraglich, mit welcher Begründung isolierte safe-haven-Verbesserungen auf Seiten des Veräußerers erfasst werden sollen. Diese Fälle beruhen regelmäßig auf einer Aufdeckung vorhandener stiller Reserven unter Nutzung der Steuerfreistellung nach § 8 b KStG. Insoweit kann aus unserer Sicht keinesfalls ein Missbrauch i.S.d. Gesetzesbegründung gesehen werden. Die Steuerfreistellung des § 8 b KStG ist vielmehr eine steuersystematisch notwendige Norm zur Verhinderung kumulierter Belastungen in mehrstufigen Kapitalgesellschaftsstrukturen. Aus diesem Grund kann eine Nutzung dieser Vorschrift aber nicht als Missbrauch eingestuft werden, auch wenn sich dann z.B. positive Effekte auf gesetzlich tolerierte Fremdfinanzierungsvolumen ergeben.

Der Anwendungsbereich des § 8 a Abs. 6 KStG sollte aus den genannten Gründen insgesamt eng gefasst werden. Zu berücksichtigen ist, dass es sich um eine Missbrauchsvorschrift handelt, die nur für nicht ohnehin von § 8 a Abs. 1 bis 5 KStG betroffene Konstellationen gilt. Deswegen und weil die Regierungsbegründung auf die Befreiung nach § 8 b Abs. 2 KStG beim Veräußerer verweist, die Rechtsfolgen jedoch beim Erwerber eintreten, sollte die Norm, wenn sie denn überhaupt einen sinnvollen Anwendungsbereich hat, ausschließlich auf solche Konstellationen angewendet werden, bei denen beim Veräußerer keine Steuerlast eintritt **und** sich der safe haven des Erwerbers durch die Erlangung der Holdingqualifikation verbessert. Angesichts der im Gesetzestext nicht zum Ausdruck kommen-

1 BT-Drucks. 15/1518 v. 8.9.2003, S. 15.

2 So *Pung/Dötsch* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8 a KStG n.F. Rz. 497; *Neumann*, VGA und verdeckte Einlagen, 2. Aufl. 2006, S. 292.

3 S. etwa *Holzäepfel/Köplin* in *Erle/Sauter*, Gesellschafterfremdfinanzierung, § 8 a KStG Rz. 790 ff.; *Pung/Dötsch* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8 a KStG n.F. Rz. 497; *Neumann*, VGA und verdeckte Einlagen, 2. Aufl. 2006, S. 290; *Hill/Kavazidis*, DB 2003, 2028 (2031).

4 So wohl *Kessler*, DB 2005, 2766 (2767 f.).

5 S. etwa *Kessler*, DB 2005, 2766.

6 S. etwa *Bindl*, DStR 2005, 1673; *Grotherr*, DStR 2004, 390 (391); *Körner*, IStR 2005, 584 (585). S. auch *Prinz* in *H/H/R*, Jahresband 2004, § 8 a KStG Anm. J03–36.

den Gesetzeszielsetzung erscheint diese Auslegung noch am ehesten mit dem Sinn der Regelung vereinbar.

Darüber hinaus will die Finanzverwaltung nicht nur unmittelbare Veräußerungen einer Kapitalgesellschaft erfasst wissen, sondern auch **mittelbare**. Falls damit gemeint sein sollte, dass die Veräußerung einer Kapitalgesellschaftsbeteiligung durch eine Personengesellschaft unschädlich ist, soweit an der Personengesellschaft natürliche Personen beteiligt sind, ist diese klarstellende Gleichstellung mit unmittelbar beteiligten natürlichen Personen zu begrüßen<sup>7</sup>. Soweit damit allerdings auch die Veräußerung bzw. der Erwerb von Anteilen an einer Personengesellschaft erfasst werden soll, die ihrerseits an einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist, ist die Auslegung abzulehnen, da § 8 a Abs. 6 KStG keine § 8 b Abs. 6 KStG vergleichbare Regelung enthält<sup>8</sup>. Für eine am Wortlaut orientierte Auslegung spricht auch die bereits oben erwähnte Tz. 2, Satz 1, wonach Kapitalbeteiligung i.S.d. § 8 a Abs. 6 KStG nur die Beteiligung an einer in- oder ausländischen **Kapitalgesellschaft** sein kann. Wir regen eine entsprechende Klarstellung an.

## II. Erwerbsvoraussetzungen

### 1. Erwerb einer Kapitalbeteiligung

**Tz. 3:** Nach Tz. 3 soll es auf eine bestimmte **Mindestbeteiligungsquote** nicht ankommen, so dass auch der Erwerb von Zwerganteilen erfasst wird. Zunächst ist strittig, ob sich dies aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt. Teilweise wird jedenfalls angenommen, dass nur eine Beteiligung i.S.d. § 271 Abs. 1 HGB gemeint sei<sup>9</sup>. Werden die Anwendungsvoraussetzungen aus dem Gesetzeszweck abgeleitet, sind unabhängig davon letztlich ohnehin nur Beteiligungen i.S.d. § 271 Abs. 1 HGB betroffen, da nur dadurch beim Erwerber die Holdingvoraussetzungen geschaffen werden können (§ 8 a Abs. 4 S. 1 HGB). Für Zwerganteile ergibt sich danach kein Anwendungsbereich. Wir regen daher an, den insoweit offenen Wortlaut einheitlich auf Beteiligungen i.S.d. § 271 Abs. 1 HGB einzuschränken.

**Tz. 4:** Der Erwerb **eigener Anteile** fällt nach dem Entwurfsschreiben grundsätzlich ebenfalls in den Anwendungsbereich des § 8 a Abs. 6 KStG. Dies ist allerdings vom Sinn und Zweck der Gesetzesnorm nicht gedeckt, weil es damit nicht zu einer Verbesserung des safe haven des Erwerbers kommen kann.

**Tz. 5–7:** Klargestellt wird, dass § 8 a Abs. 6 KStG keine Anwendung findet im Falle der Übertragung einer Kapitalbeteiligung im Wege der **verdeckten Einlage**. Dem ist zuzustimmen, da insofern kein Erwerb in diesem Sinne vorliegt<sup>10</sup>. Gleiches gilt im Fall einer **Einbringung (Anteilstausch)** gem. § 20 Abs. 1 S. 2 bzw. § 23 Abs. 4 UmwStG<sup>11</sup>. Soweit dagegen in diesen Einbringungsfällen die Gegenleistung für die Einbringung nicht ausschließlich in neuen Gesellschaftsanteilen besteht, sieht das BMF einen Anwendungsbereich des § 8 a Abs. 6 KStG.

### 2. Zweckbindung des Fremdkapitals

**Tz. 8:** Diese und die nachfolgenden Textziffern behandeln einen wesentlichen Problembereich des konzerninternen Anteilerwerbs, nämlich den **Zusammenhang** zwischen dem Anteilerwerb einerseits und der Überlassung von Fremdkapital (im Folgenden: Finanzierung) andererseits. Das Gesetz enthält die Maßgabe, dass das Fremdkapital „zum Zwecke“ des Anteilerwerbs aufgenommen wurde. Tz. 8 geht dabei davon aus, dass insofern das Veranlas-

sungsprinzip gemeint ist. Zwingend ist das jedoch keineswegs. Vielmehr legt die Wortwahl „zum Zwecke“ eher einen finalen Zusammenhang nahe mit der Folge, dass wie beim Werbungskostenbegriff nicht nur objektiv ein Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb bestehen sondern der Erwerber die Darlehensmittel auch subjektiv zum Beteiligungserwerb aufgenommen haben muss<sup>12</sup>.

Herauszustellen ist, dass, da es sich insoweit um steuererhöhende Tatsachen handelt, der Nachweis des Veranlassungszusammenhangs von der Finanzverwaltung zu führen ist<sup>13</sup>.

**Tz. 9:** Die von der Finanzverwaltung in Tz. 9 getroffene Auslegung entspricht den oben dargestellten Voraussetzungen u.E nicht, selbst wenn man das Veranlassungsprinzip zugrunde legt. In Satz 1 stellt die Finanzverwaltung nur auf den objektiven Zusammenhang ab. Zu beachten ist jedoch auch die subjektive Komponente, für die die getroffenen Finanzierungsvereinbarungen maßgebend sind. Erfolgt die Mittelhingabe zu anderen Zwecken und wird erst nach Beteiligungserwerb umgewidmet, fehlt es am Veranlassungszusammenhang<sup>14</sup>. Wenn die Finanzverwaltung zudem in Satz 2 der Tz. 9 darlegt, der Veranlassungszusammenhang bestehe auch, wenn zunächst die Kapitalbeteiligung erworben und anschließend das der Finanzierung des Anteilerwerbs dienende Fremdkapital aufgenommen werde, ist bereits der objektive Veranlassungszusammenhang fraglich. Auch dürfte dieser Fall nicht durch den Gesetzeswortlaut gedeckt sein, denn bei dieser Abfolge erfolgt die Finanzierung eben nicht mehr „zum Zwecke“ des Anteilerwerbs<sup>15</sup>. Nachweispflichtig ist jedenfalls die Finanzverwaltung. Deshalb verbietet sich u.E. auch die in Satz 3 enthaltene Fiktion, ein Veranlassungszusammenhang sei immer anzunehmen, wenn zwischen der Fremdkapitalüberlassung und dem Beteiligungserwerb ein Zeitraum von weniger als einem Jahr liegt.

**Tz. 10:** Gemischt veranlasste Fremdkapitalüberlassungen sind nach dem Wortlaut des § 8 a Abs. 6 KStG keine auf den Erwerb einer Beteiligung zweckgerichtete Fremdkapitalüberlassungen. Soweit eine (quotale) Zuordnung zum Erwerb einer Kapitalbeteiligung möglich ist, sind an den Veranlassungszusammenhang hohe Anforderungen zu

<sup>7</sup> Vgl. *Kessler*, DB 2005, 2766 (2768), Fn. 27.

<sup>8</sup> *Holzäpfel/Köplin* in Erle/Sauter, Gesellschafterfremdfinanzierung, § 8 a KStG Rz. 847 ff.; *Pung/Dötsch* in Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 8 a KStG n.F. Rz. 502.

<sup>9</sup> *Prinz* in H/H/R, Jahresband 2004, § 8 a KStG Anm. J03–37; *Grotherr*, DStR 2004, 390. A.A. *Pung/Dötsch* in Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 8 a KStG n.F. Rz. 501; *Neumann*, VGA und verdeckte Einlagen, 2. Aufl. 2006, S. 295; *Gosch*, KStG, 2005, § 8 a Rz. 337.

<sup>10</sup> So auch *Grotherr*, DStR 2004, 390 (393); *Gosch*, KStG, 2005, § 8 a Rz. 336; *Neumann*, VGA und verdeckte Einlagen, 2. Aufl. 2006, S. 292; *Pung/Dötsch* in Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 8 a KStG n.F. Rz. 5077.

<sup>11</sup> Vgl. auch *Grotherr*, DStR 2004, 390 (393); *Neumann*, VGA und verdeckte Einlagen, 2. Aufl. 2006, S. 292 f.

<sup>12</sup> Vgl. *Holzäpfel/Köplin* in Erle/Sauter, Gesellschafterfremdfinanzierung, § 8 a KStG Rz. 836; *Körner*, IStR 2005, 584 (586). Allgemeine Darstellung und Nachweise bei *Drenseck* in L. Schmidt, EStG, 24. Aufl., § 9 Rz. 7.

<sup>13</sup> So auch *Prinz* in H/H/R § 8 a KStG Anm. J03–37 (April 2004); *Grotherr*, DStR 2004, 393, *Pung/Dötsch* in Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 8 a KStG n.F. Rz. 499 (Mai 2004).

<sup>14</sup> Eingehend *Gosch*, KStG, 2005, § 8 a Rz. 355.

<sup>15</sup> So auch *Kessler*, DB 2005, 2766 (2769).

stellen. Den Nachweis hierfür, nämlich für die Erwerbsveranlassung, muss bei Abs. 6 als Missbrauchsvorschrift die Finanzverwaltung tragen. Erfolgt eine quotale Zuordnung der Fremdfinanzierung, so müssten auch Tilgungen im gleichen Verhältnis zugerechnet werden<sup>16</sup>.

**Tz. 11:** Die Finanzverwaltung nimmt einen Abs. 6 unterfallenden Anteilserwerb auch bei mittelbarem Beteiligungserwerb an und beruft sich auf das Argument des Gesamtplans. Die Form der Weiterleitung des Fremdkapitals als Eigen- oder Fremdkapital sei unerheblich.

U.E. ist diese Sichtweise vom bereits weiten Wortlaut des Abs. 6 nicht gedeckt. Nach dem Gesetzeswortlaut muss das Fremdkapital zum Zweck des Erwerbs einer Beteiligung aufgenommen werden. Erfolgt dagegen eine mittelbare Fremdfinanzierung, so kann kein Veranlassungszusammenhang gesehen werden. Andernfalls würden auch mittelbare Darlehen „veranlasst“ sein und andere Darlehen für denselben Erwerb zum schädlichen Erwerbsdarlehen. Überlässt im Beispiel der Tz. 11 die T1 GmbH das erhaltene Darlehen nicht zinslos, sondern als zinstragendes Darlehen an T2 GmbH, käme es zu zwei dem § 8 a Abs. 6 KStG unterfallenden Darlehen. Bereits dies zeigt, dass nur der finanzierte unmittelbare Erwerb betroffen sein kann<sup>17</sup>. Die Annahme eines Gesamtplanes i.S.d. Rechtsprechung des BFH dürfte regelmäßig bereits daran scheitern, dass der von § 8 a Abs. 6 KStG potentiell betroffene Steuerpflichtige, nämlich die die Beteiligung erwerbende Gesellschaft, die einzelnen Schritte der Finanzierung über die einzelnen Konzernstufen regelmäßig nicht beherrschen kann, was aber Voraussetzung für die Annahme eines Gesamtplanes ist und Gesellschafter und Gesellschaft nach dem Grundsatz der Finanzierungsfreiheit steuerlich nicht dazu gezwungen werden können, eine steuernachteilige Finanzierung einzugehen.

**Tz. 12:** Von besonderer Bedeutung ist die Frage, wann der bestehende Veranlassungszusammenhang gelöst wird und damit die Anwendungsvoraussetzungen des § 8 a Abs. 6 KStG nicht mehr gegeben sind. Nach Ansicht der Finanzverwaltung soll ein einmal begründeter Veranlassungszusammenhang insbesondere nicht durch Veräußerung oder Wegfall der erworbenen Beteiligung gelöst werden. Ob dies durch den Gesetzeszweck gedeckt ist, erscheint zweifelhaft<sup>18</sup>.

**Tz. 13:** In Tz. 13 wird der in der Praxis wichtige Fall einer Umfinanzierung angesprochen. Unklar erscheint zu-

nächst, welche Fälle unter den Begriff der „Umfinanzierung“ gefasst werden sollen. Zumindest sollte klargestellt werden, dass im Falle einer Umfinanzierung nur eine schädliche Fremdfinanzierung gegeben sein kann, wenn hinsichtlich der neuen Finanzierung die Anforderungen des Abs. 6 an den Fremdkapitalgeber (Tz. 18–19) erfüllt sind. Insbesondere die Umfinanzierung durch Fremdkapital von einem fremden Dritten als Darlehensgeber führt zu einer Vermeidung der Rechtsfolgen des § 8 a Abs. 6 KStG<sup>19</sup>. Auch eine Ablösung der schädlichen Fremdmittel durch laufende Einnahmen und eine parallele Aufnahme von Fremdmitteln für andere Finanzierungszwecke beendet u.E. den Veranlassungszusammenhang i.S.d. Abs. 6<sup>20</sup>.

### III. Beteiligungsvoraussetzungen

#### 1. Veräußerer der Kapitalbeteiligung

**Tz. 14:** In Tz. 14 werden die durch § 8 a Abs. 6 KStG erfassten Veräußerer genannt. Zu begrüßen ist, dass die Finanzverwaltung rückgriffsberechtigte Dritte ausklammert, weil ein durch Abs. 6 zu sanktionierender Missbrauch mangels Konzernzugehörigkeit überhaupt nicht vorliegen kann<sup>21</sup>.

**Tz. 15:** Es ist zu begrüßen, dass der Veräußerer nach Ansicht des BMF zum Zeitpunkt der Anteilsübertragung zwingend dem Konzern angehören muss, um die Rechtsfolgen des § 8 a Abs. 6 KStG auszulösen. Eine andere Wertung dürfte aus dem Gesetz selbst und auch aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes u.E. nicht abgeleitet werden können<sup>22</sup>. Der einschränkende Hinweis auf die Gesamtplanrechtsprechung zu einem späteren Eintritt in den Konzern ist vor dem Hintergrund des Missbrauchscharakters der Norm selbst wohl kaum begründbar.

**Tz. 17:** Nach Ansicht der Finanzverwaltung wird eine Personenidentität zwischen dem Veräußerer der Kapitalbeteiligung und dem Geber des Fremdkapitals nicht vorausgesetzt. Dem ist nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut zuzustimmen<sup>23</sup>.

#### 2. Fremdkapital

**Tz. 20:** Die Finanzverwaltung stellt dar, dass entgegen der generellen Regelung des § 8 a Abs. 1 S. 1 KStG auch kurzfristig überlassenes Fremdkapital erfasst wird. Der weite Wortlaut des § 8 a Abs. 6 S. 1 KStG lässt dies zu<sup>24</sup>. Vor dem Hintergrund des § 8 a Abs. 6 KStG als typisierter Missbrauchsvorschrift ist allerdings zweifelhaft, ob dieser Fall erfasst werden sollte, weil damit auch kurzfristige Stundungen des Kaufpreises insoweit die nachteiligen Konsequenzen der Fremdfinanzierung auslösen können. Auch aus Praktikabilitäts- und Billigkeitsgründen wäre es wünschenswert, die nur kurzfristige Kapitalüberlassung als nicht missbrauchsauffällig auszuklammern.

**Tz. 22:** Das Entwurfschreiben orientiert sich am Wortlaut des Gesetzes und lässt einen Drittvergleich nicht zu. Unabhängig von der grundsätzlichen Problematik dieser Einschränkung verstößt dies gegen höherrangiges (Abkommens-)Recht (vgl. Art. 9 OECD-MA). Von daher wäre eine Einschränkung durch die Finanzverwaltung wünschenswert.

### IV. Rechtsfolgen

**Tz. 23:** Die Rechtsfolge des § 8 a Abs. 6 S. 1 KStG ist die Umqualifikation der Vergütung für das überlassene Fremd-

<sup>16</sup> So auch *Pung/Dötsch* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8 a KStG n.F. Rz. 510 (Mai 2004).

<sup>17</sup> Vgl. *Prinz* in *H/H/R*, Jahresband 2004, § 8 a Anm. J03–07; *Gosch*, KStG, 2005, § 8 a Rz. 335.

<sup>18</sup> *Grotherr*, DStR 2004, 390 (397) spricht sich insoweit für eine teleologische Reduktion aus.

<sup>19</sup> So *Pung/Dötsch* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8 a KStG n.F. Rz. 497; *Neumann*, VGA und verdeckte Einlagen, 2. Aufl. 2006, S. 292.

<sup>20</sup> So auch *Kessler*, DB 2005, 2766 (2769) m.w.N.

<sup>21</sup> *Gosch*, KStG, § 8 a Rz. 333, der wegen des eindeutigen Wortlauts der Regelung indes eine einschränkende Auslegung ablehnt. Dogmatisch bleibe jedenfalls eine Qualifikation als allgemeine Billigkeitsregelung, vgl. § 163 S. 1 AO.

<sup>22</sup> So auch *Grotherr*, DSz 2004, 291 (299).

<sup>23</sup> So auch *Pung/Dötsch* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8 a KStG n.F. Rz. 506; *Grotherr*, DStR 2004, 390 (392); *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, § 8 a KStG Anm. 196; *Neumann*, VGA und verdeckte Einlagen, 2. Aufl. 2006, S. 293. A.A. *Hill/Kavazidis*, DB 2003, 2028 (2031).

<sup>24</sup> Vgl. nur *Kessler*, DB 2005, 2766 (2770) m.w.N.

kapital in verdeckte Gewinnausschüttungen. Die Finanzverwaltung verweist insoweit auf das die generellen Anwendungsfragen des § 8a KStG regelnde BMF-Schr. v. 15.7.2004, aber auch das BMF-Schr. v. 22.7.2005 zu Rückgriffsfällen. Ist der Darlehensgeber folglich ein Dritter mit Rückgriffsmöglichkeit, sollte auch die Möglichkeit des Gegenbeweises in Betracht kommen. Ob die Finanzverwaltung dies ebenso sieht, ist aufgrund des Wortlauts der Tz. 22 fraglich. Insoweit regen wir eine Klarstellung an.

**Tz. 24:** Nach Tz. 24 ist ein bereits abgeschlossener Anteilsübergang nicht Voraussetzung für die Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG. Hiergegen spricht, dass § 8a Abs. 6 KStG den Begriff des Beteiligungserwerbs korrespondierend zur Veräußerung („Veräußerer der Beteiligung“) verwendet. Eine Veräußerung und folglich ein Erwerb erfolgen jedoch erst, wenn zumindest wirtschaftliches Eigentum übertragen ist<sup>25</sup>. Eine Vorverlagerung entspricht zudem nicht dem Sinn des § 8a Abs. 6 KStG, eine (steuerfreie) Anteilsveräußerung zur Verbesserung des safe haven mit steuerlich relevanter Eigenkapitalverbesserung beim Erwerber zu sanktionieren. Wird das Verpflichtungsgeschäft z.B. im Dezember 01 geschlossen, geht das wirtschaftliche Eigentum jedoch erst im Folgejahr 02 über, verbessern sich die safe haven der Vertragspartner erst im Jahr 03 (§ 8a Abs. 2 S. 1 KStG). Eine Versagung des Zinsabzugs bereits im Jahr 01 und 02 ist damit nicht vereinbar.

**Tz. 26:** Die Finanzverwaltung legt dar, dass eine Freigrenze nicht besteht, da es sich bei § 8a Abs. 6 KStG um einen eigenen Tatbestand mit eigenen Rechtsfolgen handelt<sup>26</sup>. Es sollte u.E. klargestellt werden, dass auch keine Auswirkungen auf § 8a Abs. 1 bis 5 KStG erfolgen, Abs. 6 unterfallende Darlehen bzw. Vergütungen also insbesondere weder die Freigrenze von 250.000 € (§ 8a Abs. 1 S. 1 KStG, s. auch BMF-Schr. v. 15.7.2004, Tz. 30), noch den safe haven (§ 8a Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 4 KStG) mindern.

## V. Erwerb der Kapitalbeteiligung durch eine Personengesellschaft

**Tz. 27–29:** Diese Tz. beziehen sich auf den konzerninternen Beteiligungserwerb durch eine nachgeschaltete Personengesellschaft. Diese in § 8a Abs. 6 S. 2 KStG genannte Fallgestaltung ist offenbar § 8a Abs. 5 KStG nachgebildet und überträgt die insoweit bestehenden Anwendungs- und Auslegungsprobleme in den ohnehin schon unklaren § 8a Abs. 6 KStG, insbesondere auch hinsichtlich der Prüfung der Beteiligungsverhältnisse des Fremdkapitalgebers an der Personengesellschaft als Finanzierungsempfänger. Vor dem Hintergrund der durch die Finanzverwaltung in Tz. 48 ff. des BMF-Schr. v. 15.7.2004<sup>27</sup> getroffenen Wertung ist es eine Folgewirkung, die Tatbestandsvoraussetzungen des Beteiligungserwerbs i.S.d. § 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 1 KStG auf der Grundlage der Verhältnisse der Personengesellschaft und die Beteiligungsverhältnisse i.S.d. § 8a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 KStG auf der Grundlage der Verhältnisse an der beteiligten Kapitalgesellschaft zu prüfen.

**Tz. 30:** Der von der Finanzverwaltung genannte mittelbare Anteilserwerb ist bei Zwischenschaltung einer Personengesellschaft ebenso wenig wie bei der Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft in § 8a Abs. 6 KStG geregelt. Als Missbrauchsvorschrift ist § 8a Abs. 6 KStG entsprechend restriktiv auszulegen. Wir erlauben uns, auf unsere Anmerkungen zu Tz. 11 zu verweisen.

**Tz. 31:** § 8a Abs. 6 S. 2 KStG erfasst nur den Fall, in dem die Personengesellschaft Anteile an einer Kapitalgesell-

schaft erwirbt. Demgegenüber ist der Fall eines Erwerbs der Anteile an der Personengesellschaft selbst nicht erfasst. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift ist der von der Finanzverwaltung in Tz. 31 genannte Fall kein solcher des § 8a Abs. 6 S. 2 KStG<sup>28</sup>. Tz. 31 sollte konsequenterweise gestrichen werden. Insoweit auch Hinweis auf die Erläuterungen zu Tz. 1 (am Ende).

## VI. Erstmalige Anwendung

**Tz 33:** Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass das BMF die Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG zeitlich begrenzt und Altdarlehen ausschließt. Allerdings sollte der zeitliche Rahmen enger als vorgesehen gesteckt und die Vorschrift nur dann angewendet werden, wenn die Anteilsveräußerung (siehe zur Irrelevanz des Verpflichtungsgeschäfts die Anmerkungen zu Tz. 24) nach dem 31.12.2003 und damit ab Neufassung des § 8a KStG erfolgt, da der Steuerpflichtige bis zu diesem Zeitpunkt auf seine einmal getroffenen Dispositionen vertrauen durfte.

Im Übrigen stimmt der von der Finanzverwaltung angenommene erstmalige Anwendungszeitpunkt 1.1.2002 mit dem Zeitpunkt überein, in dem die Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG erstmals anzuwenden ist. Zumindest insoweit sieht auch das BMF die Steuerfreiheit der Veräußerung als Voraussetzung für die Anwendung des § 8a Abs. 6 KStG an (s. Anmerkungen zu Tz. 1).

Hinsichtlich der Rechtsfolgen kommt § 8a Abs. 6 KStG erstmals zur Anwendung in Wirtschaftsjahren, die nach dem 31.12.2003 beginnen (§ 34 Abs. 6a S. 1 KStG). Dies wird durch die Finanzverwaltung bestätigt.

<sup>25</sup> Vgl. BFH v. 18.12.2001 – VIII R 5/00, BFH/NV 2002, 640 = GmbHR 2002, 443; Gosch, KStG, 2005, § 8a Rz. 336.

<sup>26</sup> Vgl. Kessler, DB 2005, 2766.

<sup>27</sup> BMF v. 15.7.2004 – IV A 2 - S 2742 a - 20/04, BStBl. I 2004, 593 = GmbHR 2004, 1104.

<sup>28</sup> Vgl. auch Pung/Dötsch in Dötsch/Eversberg/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 8a KStG n.F. Rz. 502.

# Rechtsprechung

## Gesellschaftsrecht

### Eigenkapitalersatz: Anwendung des Kapitalersatzrechts bei Einschaltung einer sog. Zwischenholding

GmbHG § 32a Abs. 1, 3; HGB § 172a

**1. Auch ein mittelbar an einer Gesellschaft beteiligter Gesellschafter ist mit Risikokapital an einer kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt und damit Adressat des Eigenkapitalersatzrechts.**

**2. Eine Gebrauchsüberlassungs-Unwürdigkeit kann zulässigerweise auch anhand von Indizien festgestellt werden; hierzu zählen z.B. eine erschöpfte Kreditlinie wegen ungenügenden Cashflows der Gesellschaft oder die mangelnde Fähigkeit, laufenden Zahlungsverpflichtungen vollständig und termingerecht nachzukommen.\***

OLG Hamburg, Urt. v. 16.12.2005 – 11 U 198/05 (rechtskräftig)

\* Leitsätze der Redaktion.